
TiSA 金融服务规则研究

胡加祥

摘要：部分世贸组织成员目前正在谈判的 TiSA 是乌拉圭回合之后最重要的多边服务贸易谈判。TiSA 不仅全面接受 GATS 的核心内容，还在若干重要领域形成内容更具体的多边服务贸易协议，进而构建一套与多边货物贸易体制一样完整的规则体系。在金融服务规则方面，TiSA 在管制措施、数据处理、资本控制、金融产品和金融监管等方面均有突破，但其他协议的融入、国内管制、透明度和补贴等议题尚未解决。深入研究这些规则，这不仅是中国自贸区寻找“先行先试”现实版本的需要，更重要的是为中国参与下一轮国际竞争做好充分准备。

关键词：TiSA；金融服务；GATS；市场准入；自贸区

中图分类号：D996

文献标识码：A

文章编号：1006-1894（2017）03-0018-14

一、引言

在多哈回合谈判中，服务贸易并不占有重要地位。然而，与多哈回合陷入停滞形成对比的是服务贸易在全球经济发展中日益凸显的重要性。服务贸易如今已占美国和欧盟经济总量的 80% 以上，即使像巴基斯坦这样的发展中国家，服务贸易也超过其经济总量半数以上。许多世贸组织成员为此纷纷签订双边或多边服务贸易协议，开放更多服务贸易领域。目前，部分世贸组织成员之间正在商谈的《服务贸易协议》（Trade in Services Agreement，简称“TiSA”），欧盟称之为“复边服务贸易协议”（Plurilateral Services Agreement，简称“PSA”），美国则称之为“国际服务贸易协议”（International Services Agreement，简称“ISA”）。称谓的区别彰显欧美在这一问题上的态度差异。欧盟强调，尽管 TiSA 的“复边性”，它是在世贸组织框架下进行谈判的，是对《服务贸易总协定》（GATS）的深化，最终将由“复边协议”转变为“多边协议”，适用于所有世贸组织成员。美国则有意突出这一协议的独立性，用 ISA 的名称以显示其游离于 WTO 规则的倾向。TiSA 的命运最终究竟如何，这将取决于谈判各方的态度。

根据维基解密 2015 年 7 月透露的谈判方案，TiSA 的法律文件由两部分组成，即“核心文本”和“具体领域附件”。核心文本是 TiSA 的框架文件，具有“总则”

作者简介：胡加祥，上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师，研究方向：国际法、国际经济法和 WTO 法。

基金项目：国家社科基金重点课题“世界各国对转基因食品的政策和法律规制比较研究”（项目编号：14AGJ004）和中国法学会课题“亚太自贸区的法律框架研究”（项目编号：CLS（2015）C67）阶段性成果。

性质, 内容包括适用范围、定义以及参与谈判的各缔约方市场准入承诺和必须遵守的纪律。附件相当于“分则”部分, 是谈判各方在具体服务贸易领域需要遵守的规则, 包括“自然人流动附件”、“航空运输附件”、“国际海运服务附件”、“电子商务附件”、“金融服务附件”、“电信服务附件”、“透明度附件”、“国内管制附件”、“政府采购附件”以及“竞争性快递服务附件”。^①这些附件内容繁简不一, 有些已经有了相对完整的法律框架或谈判思路, 如金融服务附件和电信服务附件, 有些则仅有一个文本框架, 如航空运输附件和政府采购附件。

目前的 TiSA 协议草案是一个开放式框架: 核心文本的原则和方向已经明确, 但是内容还不确定, 有待谈判各方提出方案不断充实; 具体服务贸易领域附件的数量和内容也将随着谈判的进展不断增加。

二、TiSA 核心文本与 GATS 的关系

TiSA 核心文本第 1 条第 1 款(范围)和第 2 款(定义)的内容比较完整, 这两部分几乎是 GATS 第 1 条和第 28 条的翻版, 唯一区别是 TiSA 适用于参加谈判的“缔约方”(Parties), GATS 适用于世贸组织“成员”(Members), 因为 TiSA 只是一个协议草案, 不是世贸组织正式生效的法律文件。核心文本第 1 条第 3 款(市场准入)照搬了 GATS 第 16 条内容(包括引注), 第 4 款(国民待遇)照搬了 GATS 第 17 条规定(包括引注), 第 5 款(额外承诺)照搬了 GATS 第 18 条, 第 6 款(标准的承认)照搬了 GATS 第 7 条, 第 7 款(支付与转移)照搬了 GATS 第 11 条, 第 8 款(为了维持支付平衡而采取的限制措施)照搬了 GATS 第 12 条, 第 9 款(一般例外)照搬了 GATS 第 14 条, 第 10 款(安全例外)照搬了 GATS 第 14 条补充条款。

核心文本第 2 条(承诺表)的框架已经形成, 具体条款正是谈判的主要内容。第 1 款(市场准入承诺表)是缔约方依据第 1 条第 3 款作出具体承诺的地方, 包括履行承诺的期限、限制和条件。第 2 款(国民待遇承诺)允许各缔约方在履行国民待遇承诺时, 维持原来的限制措施, 但是这些措施一旦修改, 只能是更加放宽市场准入条件, 且不得有新的限制措施增加(第 3 项)。第 3 款(与市场准入承诺和国民待遇要求不符措施列表)是针对履行承诺时的不符措施, 它与各缔约方在 TiSA 文本后所附的“负面清单”不同, 因为前者是针对承诺开放领域的补充规定, 后者是指不开放的领域。第 4 款(额外承诺列表)谈判的重点是以何种方式列出这些额外承诺。

除了上述条款有明确编号外, 其余条款在核心文本中的顺序尚未确定, 其中有些已经有了基本内容, 如“最惠国待遇”将沿用 GATS 第 2 条规定, 同时强调增加“在争端解决涉及其他协议(包括 BIT)时不适用 TiSA 最惠国待遇条款”的规定; “经

^① <https://wikileaks.org/tisa/>. (2015-12-03).

济融合”沿用 GATS 第 5 条规定；“国内管制条款”拟整体吸收 TiSA 谈判达成的国内管制附件；“垄断企业与专属企业服务者”的内容来自 GATS 第 8 条；“利益的剥夺”照搬了 GATS 第 27 条规定；“政府采购”的内容来自 GATS 第 13 条；“秘密信息披露”照搬了 GATS 第 3 条补充条款规定。另外一些条款则仅有一个标题，如“透明度条款”。TiSA 的第三部分只有一个框架标题——“新的、更高标准纪律”，这是在现有基础上谈判各方今后拓展的地方。第四部分是机构条款，包括争端解决、新成员加入、协议的多边性以及包括承诺审议和修改在内的程序性议题。

从核心文本的框架看，我们不难发现，TiSA 是 GATS 的“升级版”，GATS 的主要内容都已经被 TiSA 吸收。不仅如此，TiSA 还作了扩充。正在商讨的这些附件其实就是 TiSA 核心文本内容的延伸，这与 WTO 多边货物贸易体制的形成如出一辙。GATT1947 生效时只有 35 个条款。^①经历了“肯尼迪回合”、“东京回合”和“乌拉圭回合”多边贸易谈判，货物贸易规则体系才有了现在的“GATT1994 加上 12 部多边贸易协议”这样的框架，GATT 的内容也包括了众多“谅解协议”、“宣言”和“决议”之类的扩充解释。

服务贸易是一个全新领域，乌拉圭回合只完成了 GATS 的谈判，这相当于一个核心文本，更多具体领域的规则还需要进一步深化。虽然世贸组织成立不久，部分成员在航空运输、金融及电信等领域初步达成协议，但是这一势头没有在多哈回合得到延续。TiSA 谈判就是想在多哈回合步履蹒跚之际，以服务贸易为突破口另辟蹊径，先在部分世贸组织成员之间设立一套全面的服务贸易市场准入规则，待所有成员接受这套制度之后，最终形成与多边货物贸易体制一样完整的规则体系，从而使各成员的服务贸易领域也像货物贸易那样彻底开放。^②

三、TiSA 金融服务规则解读

金融服务附件是 TiSA 谈判的重点，这不仅因为金融在整个服务贸易中所处的地位，也因为世贸组织成立初期达成的《金融服务附件》为 TiSA 谈判奠定了良好的基础。TiSA 的金融服务附件全盘吸收了 GATS 的《金融服务附件》，并在此基础作了进一步规定。附件第 2 条(a)款将“金融服务”定义为“包括所有保险和与保险有关的服务、所有银行以及其他金融服务（保险除外）”，其中，保险和与保险有关的服务包括：（1）直接保险（包括合保），包括人寿险、非人寿险；（2）再保险与转分保；（3）保险中介业务，包括经纪人业务、代理业务；（4）保险辅助业务，包括咨询、统计、风险评估、理赔等业务。银行以及其他金融服务（不含保险）包括：（5）从公众中

^① 第四部分（第 36~38 条）规定了发展中国家的贸易和发展问题。这一部分是后加的，于 1966 年开始生效。

^② 目前，世贸组织成员按照自己的具体承诺开放服务贸易市场。随着 TiSA 的生效，服务贸易市场准入的限制会越来越少。

吸收存款和其他可支付资金；（6）各种类型的借贷，包括消费信贷、抵押贷款、保理及融资；（7）金融租赁；（8）所有支付和资金划拨服务，包括信用卡、借记卡、旅行支票及银行汇票等业务；（9）银行担保与承诺；（10）自由账户和客户账户上的贸易，包括（A）资本市场工具，包括支票、汇票及存款凭证；（B）外汇交易；（C）金融衍生产品，包括期货和期权；（D）汇率和利率工具，包括掉期和远期汇率协议；（E）可转让证券；（F）其他流通票据和包括黄金在内的金融资产贸易；（11）参与各类证券事务，包括背书、代为保管（单位和个人）以及与此相关的服务；（12）货币经纪；（13）包括现金理财和打包管理在内的资产管理，各种类型的集资产管理，养老金管理，贵重物品保管，存款和信托服务；（14）金融资产理赔和清算服务，包括证券、金融衍生产品和其他流通票据；（15）提供和转发金融信息、处理金融数据以及其他金融服务提供者制作的软件；（16）就上述（5）~（15）项列举的各类活动提供咨询、中介和其他各种辅助的金融服务，包括信用评估与分析、投资与资产管理研究与建议、企业兼并与重组以及战略制定方面的建议。

附件第2条（b）款将“金融服务提供者”定义为“一缔约方任何希望提供或正在提供金融服务的自然人和法人，但是不包括‘公共机构’（public entity）”。（c）款将“公共机构”解释为：（i）缔约方政府、中央银行或货币管理机构，或者受其控制或为其所有的机构，其主要活动是帮助政府履行职能或直接替政府履行职能，不包括主要是在商业基础上提供金融服务的机构；（ii）一家私营机构，其从事的业务通常是由中央银行或货币管理机构执行的。（d）款将“新金融服务”定义为“具有金融性质的服务，包括与现有金融产品或新金融产品有关的创新服务，或者是一种新金融产品投递的方式，这种产品不是从金融服务提供者所在的缔约方提供，而是从另一个缔约方提供”，即不通过传统的“商业存在”方式提供服务，而是通过网络等手段提供的“跨境服务”。^①除了（d）款，第2条前3款内容基本是GATS《金融服务附件》相关规定的翻版。

附件第3条以下的规定是TiSA谈判的主要内容，其中第3条（市场准入）拟列入以下内容：（1）每个缔约方的承诺是根据TiSA核心文本第1条第3款（市场准入）作出的，并与其所列的期限、限制和条件保持一致，包括：（a）一缔约方的金融服务提供者，通过核心文本第1条第2款（d）项^②定义的“商业存在”方式，在另一缔约方提供附件第2条（a）项列举的所有服务；^③（b）通过中介或者本身也是中介，作为委托人从一缔约方向另一缔约方提供以下金融服务：（i）与下列业务有关的风险保险：（A）海运、空运和太空发射，保险范围覆盖运输的乘客、货物和运

^① 这一点已经在TPP协议第11条得以实现。

^② 根据TiSA核心文本第1条第2款（d）项定义，“商业存在”包括全部或部分所有的下属机构、合资企业、合伙、独资企业、连锁经营企业、分支机构、代理机构、代表办事处或其他机构的组建、合并和维护。

^③ 一缔约方可以对“商业存在”的设立和扩充设定定义和批准的条件与程序，以确保这些行为没有规避缔约方的义务。

输工具；（B）远洋货轮；（C）近海大规模的能源勘探、开发和生产；^①（D）国际运输过程中转运的货物；（ii）再保险和转分保；（iii）与第2条（a）款（iv）项所列保险有关的服务；（iv）金融信息和金融数据处理；（v）对位于缔约方境内的投资提供建议咨询；（vi）对位于缔约方境内投资的打包管理，但不包括（A）信托服务；（B）贵重物品保管业务和与管理集体投资无关的履约服务；（vii）由一缔约方向另一缔约方通过电子支付方式结算的支付卡交易，^②涉及（A）包括信用卡（credit card）、收费卡（charge card）、借记卡（debit card）、支票卡（check card）、自动取款机卡（ATM card）、预付卡（prepaid card）在内的支付卡和其他支付工具，以及与相关银行卡或支付工具有关的唯一支付账号；（B）“支付卡交易电子支付服务”不包括交易者账户上的资金转移，且仅限于那些通过专用网络支付的服务；（c）其他缔约方居民购买的任何下列条款列明的服务：（i）第3条（b）款（i）~（iii）项列举的服务；（ii）第2条（a）款（v）~（xvi）项列举的服务。

附件第4条第1款规定，TiSA核心文本第1条第4款规定的国民待遇仅适用于本附件第3条第1款（b）~（c）项所列举的金融服务，除非一缔约方在其承诺表中有特别列明。TiSA核心文本第2条第2款（国民待遇承诺）第3项不适用于金融服务附件规定的国民待遇。该条款规定，缔约方修改不符合国民待遇措施的基本原则是朝着更加合规的方向发展，而不是相反。

附件第15条是透明度要求。除了吸收一般国际条约中有关透明度要求的普遍规定外，附件还强调在未来的TiSA核心文本中单独增加一个章节，规定缔约方应公开其金融管理政策，包括许可证申请程序，具体标准可参考部分已经达成的双边或区域性自由贸易协议。缔约方的金融监管参照国际组织和一些领导人峰会倡导的原则和行为准则，包括G20峰会、金融稳定委员会、巴塞尔委员会、国际保险监管者协会、证券委员会国际组织、金融行动专职委员会以及经合组织建议或制定的标准，同时在缔约方之间遵守G7峰会倡导的“信息交换十项基本原则”，^③并在双边和多边协议中贯彻这些原则。

与以往国际条约在银行监管问题上规定不明相区别，附件第16条（国内审慎监管措施）规定，“尽管有本协议的其他规定，缔约方不应该被阻止因审慎原因而采取的措施，包括为了保护投资者、存款人、保险受益人或者金融服务提供者对其有受托义务者，或者为了确保金融系统的统一和稳定。在不与本协议其他条款相冲突

① 作业人数10人以上，作业时间10年以上，年销售额1,000万美元以上。

② “电子支付方式结算的支付卡交易”是指TiSA核心文本第2款第8项所列举的服务，即“所有支付和资金划拨服务，包括信用卡、借记卡、旅行支票和银行汇票”。

③ 该原则是在1998年英国伯明翰召开的七国集团财长会议上提出的，包括（1）主管当局与外国监管者共享监管信息；（2）不同领域和金融服务监管者信息共享；（3）在确认和监管选用国际品牌公司的管理和信息系统及控制方面的合作；（4）被监管公司所有人、股东、董事会成员、管理人员和员工个人监管信息的共享；（5）信息交换中的信息共享；（6）共享信息的保密；（7）采用正式协议或书面请求获得的信息交换；（8）彼此需求的互惠；（9）为了进一步监管目的，具体案件法律执行的信息采用；（10）妨碍监管信息交换法律的废除。

的前提下，这些措施不应被用作规避缔约方的承诺或义务的手段”。“缔约方可以在评估后承认其他缔约方的审慎监管措施。这种承认可以通过相互协商取得或者基于双方的协议或安排自动获得”。上述规定明确了缔约方审慎监管的权利，同时为各缔约方统一监管措施提供了可能。

四、对缔约方及其他世贸组织成员的潜在影响

2008 年金融危机过后，各国政府纷纷对金融机构的交易进行管制，防止类似危机再度发生。TiSA 是一个转折点，它针对各国政府的管制行为制定规制措施，内容几乎覆盖整个金融领域，包括金融衍生产品、银行、股票、债券及外汇等领域以及人寿和非人寿险、信用卡、金融数据处理、信用评级、再保险等具体金融业务。虽然谈判各方在上述领域限制管制措施的承诺至今尚未公布，但是谈判方向已经明确。附件还限制缔约方政府管制新金融产品，即那些尚未开发出来的金融产品（第 9 条），允许一缔约方不通过“商业存在”模式向另一缔约方提供金融服务（第 2 条（b）项），这一点比 GATS 规定更进了一步。

与以往金融自由化规则相比，TiSA 的突破体现在以下几个方面：

第一，对于旨在防范金融风险的非歧视管制措施的限制。TiSA 的全方位金融市场开放导向与传统的金融管制理念是有冲突的。^①缔约方政府如果禁止诸如复合衍生产品等金融产品将会遭到别的缔约方挑战，甚至被告到 TiSA 框架下的仲裁庭。然而，复合衍生产品恰恰是 2008 年国际金融危机的罪魁祸首。核心文本第 1 条第 3 款第 2 项的（b）~（c）体现了 TiSA 试图限制缔约方控制银行规模的努力。控制银行规模是 2008 年金融危机后各国形成的普遍共识，理由是避免出现一些金融机构因为“太大而不能倒”（too big to fail）的管理困境。

TiSA 核心文本第 1 条第 3 款第 2 项（e）的规定也与禁止“混业经营”的金融管制方式相冲突。禁止拥有储户存款的银行从事对冲基金这类高风险投资交易，这种做法已经为许多国家所接受。然而，这一点将受到 TiSA 核心文本的挑战。GATS 的市场准入规则是在 20 世纪 90 年代制定的，当时的市场氛围普遍认为需要放宽金融市场管制。尽管 2008 年国际金融危机之后，人们普遍意识到宏观金融管制的重要性，TiSA 在市场准入方面的规定还是全盘吸收了 GATS 的规则。不仅如此，TiSA 还试图要求缔约方开放更多的领域，进一步放宽对金融市场的管制。^②原先申请 GATS 框

^① Wallach, Lori and Tucker, Todd. Answering Critical Questions about Conflicts between Financial Reregulation and WTO Rules Hitherto Unaddressed by the WTO Secretariat and Other Official Sources[EB/OL]. Public Citizen, June 22, 2010, at 9~10. <http://www.citizen.org/documents/Memo%20-%20Unanswered%20questions%20memo%20for%20Geneva.pdf>.

^② Punke, Michael. Remarks by Deputy U.S. Trade Representative Michael Punke before the House Committee on Ways and Means Trade Subcommittee regarding Prospects for an International Services Agreement[EB/OL]. Office of the U.S. Trade Representative, Sep. 20, 2012. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches/transcripts/2012/september/remarks-deputy-us-trade-representative-mic>.

架下豁免的 TiSA 缔约方在谈判中将会被要求放弃这些豁免。

此外, TiSA 核心文本中还有一条 GATS 所没有的内容, 即“缔约方政府将努力去除或限制非歧视措施的影响”。附件第 14 条(非歧视措施)第 1 款规定, 如果这些措施妨碍了外资金融机构提供金融产品和金融服务, 即使在别的领域是符合 TiSA 规定的, 也要取消或受到限制。可见, 相比 GTAS, TiSA 在金融服务市场自由化方面更进了一步。

第二, 允许外包处理客户敏感的金融数据。尽管网络黑客攻击导致客户数据泄露的事件频频发生, TiSA 允许缔约方要求金融机构提供客户个人海外金融信息, 从而增加对金融机构的监管。TiSA 谈判包含了两份涉及跨境信息转移的提案, 都禁止缔约方政府设法阻拦外包处理客户的金融数据, 其中由美国等缔约方提出的提案相关措辞(附件第 10 条第 1 款)似乎与缔约方目前的数据保护政策和法律规定有冲突。例如, 欧盟法律强调个人数据的严格保护, 在对个人隐私没有提供足够保护之前, 一般禁止将公民的个人数据转移至其他国家。^①尽管该提案有关于保护个人隐私的措辞, 但是在实际运用中会有很大争议, 因为 TiSA 的另一条款规定: “保护个人隐私不得成为规避 TiSA 的理由”, 而这一条规定适用于外包海外国家处理个人数据等金融服务。其他缔约方今后可以指责欧盟上述法律违反了 TiSA “允许将个人数据自由转移(进)出境”的规定。事实上, 欧盟等部分缔约方在谈判时已经要求遵守这项规定的承诺不适用于部分金融领域, 美国等缔约方尚未表态是否同意。另一份由美国单独递交的提案则根本没有提及保护个人隐私(附件第 10 条第 1 款)。^②

第三, 要求缔约方政府预测所有与 TiSA 有可能冲突的管制措施。TiSA 不仅禁止明显歧视外国公司的做法, 同时也禁止那些形式上对本国和外国公司待遇相同、但有可能在事实上倾向于本国公司的政策(核心文本第 1 条第 4 款第 3 项)。例如, 许多国家政府都要求所有银行需维持一定比例的资本准备金以防银行倒闭。即使这一规定对本国银行和外资银行一视同仁, 该制度的实际运作也有可能对外资银行构成不利影响, 因为该外资银行的本国政府也会要求其母行维持一定比例的资本准备金。这种普遍采用的金融风险防范措施有可能在 TiSA 中受到挑战, 原因是“它改变了竞争条件, 从而有利于本国银行”, 尽管缔约方政府为了金融稳定, 对本地经营的外资银行享有专属管辖权。

在国民待遇条款上, TiSA 重复了 GATS 的内容。对于防范金融危机的规定, 两

① 欧盟 Directive 95/46/EC 第 25 条第 1 款; 同时参见欧盟政策文件: FREQUENTLY ASKED QUESTIONS ELATING TO TRANSFERS OF PERSONAL DATA FROM THE EU/EEA TO THIRD COUNTRIES[EB/OL]. http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/international_transfers_faq/international_transfers_faq.pdf.

② 虽然美国会为其提案辩护, 强调个人隐私保护可以援引 TiSA 的“一般例外”条款(第 1 条第 9 款), 然而 GATT 和 GATS 的实践表明, 成功援引一般例外条款的案例很少。参见: Public Citizen. Only One of 41 Attempts to Use the GATT Article XX/GATS Article XIV “General Exception” Has Ever Succeeded: Replicating the WTO Exception Construct Will Not Provide for an Effective TPP General Exception, August 2015. <http://www.citizen.org/documents/general-exception.pdf>. (2015-12-08)。

者几乎如出一辙。TiSA 要求缔约方所有金融领域的管制措施都要受到协议的规制，除非有明确排除（核心文本第 2 条第 2 款第 1 项）。与此形成对比的是，GATS 只要求世贸组织成员在其明确承诺开放的领域遵守国民待遇，这是由“正面清单”向“负面清单”管理模式转变。TiSA 缔约方在谈判时很难设想所有的金融管制措施，包括对今后开发的那些金融衍生产品的管制。然而，任何一项在制定“负面清单”时疏忽或无法预料的管制措施，在今后的实际运用中都有可能遭到挑战乃至报复。

第四，永远禁止与放松管制要求不符的新的金融管制措施。TiSA 缔约方的承诺包括不推出与放松管制要求不符的新金融政策。这种“维持现状”（standstill）的做法“锁定”了现有的管制水平，尽管许多国家政府还在不断调整金融管制政策，更不用说今后应对新金融产品和风险的政策。一份 TiSA 谈判提案建议，禁止缔约方政府今后制定规避市场准入规则的措施，要求各领域的豁免仅限于“现有”政策（附件第 3 条第 2 款）。依据这份提案，缔约方将承诺，今后任何时候在已经开放的领域不推出新的、非歧视的限制市场准入的政策，如“禁止开发有风险的金融产品”的规定。另一份提案则明确规定，各缔约方应努力避免出台新的、非歧视措施导致限制外国服务提供者已经享有的市场开放程度（附件第 14 款第 2 项）。

核心文本第 2 条第 2 款第 2 项不允许缔约方在已经承诺的领域履行国民待遇原则时有任何偏离，且这种偏离不是从形式上判断，而是从政策的实际效果判断。尽管缔约方可以在加入 TiSA 时为现有的金融管制措施找到豁免机会，但是该缔约方今后一旦撤销这项豁免或消除了其带来的影响，则再也不能恢复到原来豁免的状态（核心文本第 2 条第 2 款第 3 项）。例如，缔约方鉴于某外资银行母行的业务稳定性，停止要求其保持一定数量的存款准备金，TiSA 将禁止该缔约方今后重新要求该外资银行维持一定数量的存款准备金，即使其母行的业务开始变得不再稳定。^①

第五，禁止旨在防止和化解金融危机的资本控制。2008 年金融危机爆发后，越来越多的经济学家意识到，遏制投机性热钱流进 / 流出的资本控制（管制）是防止和化解金融危机合法的政策工具。^②尽管国际货币基金组织在 20 世纪 90 年代呼吁各国放弃资本管制，它在 2012 年出台的“后金融危机政策立场”时承认，资本管制对于确保金融稳定也许是有必要的。^③与上述“后危机时代意识”相反，TiSA 重复了“前危机时代的规则”，禁止采用资本管制措施，只允许少量的例外（核心文本第 1 条第 3 款注解 2）。

TiSA 禁止那些旨在防止货币快速升值、导致资产出现泡沫和其他宏观管理问题

① TiSA 协议第 2 条第 2 款第 4 项允许缔约方在谈判时列举部分金融领域不受“维持原状”规定制约。这样的负面清单一旦确定后，其余领域就要受到“维持原状”规定的制约。

② PC memo. Alone and Confused: U.S. Trade Officials Defy Post-Crisis Consensus Backing Capital Controls [EB/OL]. Public Citizen, July 2014. <http://www.citizen.org/documents/capital-controls-USTR-vs-everyone.pdf>.

③ International Monetary Fund. The Liberalization and Management of Capital Flows: An Institutional View [EB/OL]. November 14, 2012. <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/111412.pdf>.

的资金流入以及旨在防止资本突然出逃导致危机爆发的资金流出限制措施。^① TiSA 大范围禁止缔约方资本管制的唯一例外是“支付平衡危机例外”。从性质上讲,为消除“支付平衡危机”而采取的资本管制是临时措施,管制必须逐步放宽。即便如此,这种临时性的资本管制措施还是有可能受到别的缔约方挑战(核心文本第1条第8款)。GATS 首次制定了规范资本管制的限制条款,而 TiSA 则完全冻结了资本管制措施,并为缔约方挑战资本管制措施提供了可能。

第六,要求缔约方接受尚未开发出来的金融产品。尽管人们对“债务抵押债券”、“信贷违约掉期”这些导致 2008 年金融危机的金融新产品依然记忆犹新, TiSA 要求缔约方政府开放新金融产品和服务市场,包括那些尚未开发出来的产品和服务。附件第9条明确规定,缔约方政府“将允许”外国公司引入新的金融产品或服务,除非这种引入需要制定新的法律或者改变原有的法律。如果缔约方政府能够预先证明某一新金融产品或服务有朝一日会对金融安全构成威胁,该条款允许其为了审慎监管原因拒绝引入这一新金融产品或服务。然而苛刻的举证责任规定意味着缔约方政府事实上很难拒绝引入新的金融产品或服务。例如,当组合金融产品于 1987 年首次被引入美国时,人们很难证明债务抵押债券的潜在危害。然而,恰恰是这些金融创新产品导致了 20 年后的那场金融危机。

除了审慎监管理由之外,缔约方政府还可以借助保护消费者等其他合法理由拒绝别的缔约方提供的新金融产品或服务。例如,某缔约方向别的缔约方提供按日计息的贷款业务,这种金融服务对于那些信用不佳的借款人危害很大,容易陷入“利滚利”的泥潭,一般国家都不允许开办此类业务。TiSA 禁止缔约方政府以审慎监管为由拒绝这种服务。另一个类似例子是附件第20条的要求:缔约方政府不要考虑对新引入的保险产品设定审批要求,即使是原来那些通过许可证开办的保险业务,也要改进原有的审批程序。

第七,将本国的金融监管“外包”给别国政府。如果另一缔约方政府实施的金融监管与自己的措施大致相当, TiSA 缔约方政府可以免除对来自该缔约方金融机构的审慎监管,这就是附件第18款规定的“承认”制度。由此,缔约方政府将原本由自己承担的审慎监管责任“外包”给了别的缔约方政府。在诸如食品安全监管等领域,这种标准相互认可的做法可以减少 SPS、TBT 措施乃至保障措施采用。^② TiSA 核心文本建议缔约方政府调整金融监管措施,以适应谈判达成的新标准,这也是附件第18条第1款所指的“统一”(harmonization)程序。

① Tucker, Todd. The WTO Conflicts with Financial Transaction Taxes and Capital Management Techniques, and How to Fix It [EB/OL]. Public Citizen, July 9, 2010. <http://www.citizen.org/documents/MEMO%20on%20Capital%20Controls.pdf>.

② PC report. The WTO Comes to Dinner—U.S. Implementation of Trade Rules Bypasses Food Safety Requirements [EB/OL]. Public Citizen, E9007, 2003. <https://www.citizen.org/documents/PCfoodsafety.pdf>.

以往其他领域标准统一的经历表明，一国通过本国民主程序制定的保护措施越来越多地被那些在产业界鼓动下闭门磋商达成的规则所取代。^①公众参与程度越低，制定的标准在众多监管措施中的共识度也越低，其结果是削弱了有关国家的自我保护。虽然 TiSA 没有“要求”缔约方政府去“追求”承认和实现金融监管标准的统一，但是 TiSA 谈判的方向是明确的：建议缔约方政府尽可能采用统一的金融监管方式，而不是制定符合自身特点的金融监管制度。

第八，金融企业有机会影响政府推迟监管措施的出台。附件第 15 条第 4 项要求缔约方政府公布新的金融监管措施方案，以便在这些措施正式出台之前能给相关利益人评论的机会。美国的实践表明，最有可能对政府出台的监管措施评头品足的是相关企业。事实上，这一程序给了这些企业游说甚至发难的机会，其结果往往削弱了这些措施的影响或者导致政府推迟执行这些措施。附件第 15 条第 5 项要求缔约方政府在最终公布监管措施时，也要同时公布金融企业的意见。即使到了公布这个阶段，缔约方政府还不能立即执行这些措施，要留出一段“合理时间”让各方适应（附件第 15 条第 6 项）。在美国，正是这些繁琐要求导致新出台的监管措施迟迟得不到执行，有的甚至一拖就是几年。这对于处理金融危机等紧急情况几乎是“远水解不了近渴”。如果 TiSA 仿照美国模式，要求缔约方政府在出台金融监管措施之前征求相关利益方意见，这在事实上为这些措施的出台设置了许多人为障碍。

第九，禁止缔约方政府在维护纳税人基金安全时偏袒本国企业。附件第 6 条要求缔约方政府在购买金融服务时，要遵守国民待遇，禁止其在签订一些重要的金融服务合同时偏袒本国企业。例如，美国联邦政府和地方政府一般都与储蓄银行签订保护纳税人基金的合同。^② TiSA 要求缔约方在签订此类合同时给予外国金融机构平等机会。这项规定对缔约方金融体系的安全影响巨大，因为上文讨论的这些 TiSA 规则有可能危及外国银行的稳定性。举例来说，如果 TiSA 的国民待遇规则导致缔约方对外国银行比对本国银行实行更低的资本准备金要求，缔约方政府可以对授权外国银行管理本国纳税人基金有合理的关注。然而，依据附件有关规定，缔约方政府不允许给本国银行在从事这项敏感业务时更加优惠的待遇。

第十，受到挑战的审慎监管措施只能依赖并不充分的抗辩理由。针对附件第 16 条列举的“审慎监管措施”，TiSA 推动者声称，缔约方政府无需关注协议有许多过于宽泛的限制规定。然而附件第 16 条几乎是照搬了 GATS 的规定，这些规定一直受到学者的诟病。^③按规定，TiSA 缔约方只有在其金融政策正式遭到挑战时才可以援

① 这方面的例子可参见一家非政府机构所做的调查：Public Citizen. Harmonization Alert. 1998~2003 [EB/OL]. <http://www.citizen.org/trade/harmonization/alerts/>。

② Procurement of Banking Services [EB/OL]. March 2010. <http://www.gfoa.org/procurement-banking-services>.

③ 参见：PC report. No Meaningful Safeguards for Prudential Measures in World Trade Organization's Financial Service Deregulation Agreements [EB/OL]. Public Citizen, September 2009. <http://www.citizen.org/documents/report-prudential-measures.pdf>。

引附件第 16 条，而且第 16 条第 2 项要求，采取的审慎监管措施不得与相关缔约方在 TiSA 下的义务相冲突。缔约方政府一般都是在其认为相关措施就是出于审慎监管需要时采取的，至于是否与其义务相符，这一点只有别人才能评判。因此，第 16 条第 2 项在实践中很难得到有效执行，以至于给争端解决机构这样一个错觉：为审慎监管措施的抗辩往往是一种狡辩。

此外，附件第 16 条注解有关“审慎”一词的定义无法涵盖所有可能遭到挑战的金融政策。例如，限制高利贷等这些保护借款人利益的措施似乎就不符合审慎监管要求。对于缔约方政府而言，将其确保金融稳定和消费者安全的措施全方位受制于 TiSA，并希冀通过附件第 16 条这样一条内容狭隘且有争议的规定来捍卫自己的审慎理由，这种做法显然是不够审慎的。

五、TiSA 谈判遗留的问题

虽然与 GATS 相比，TiSA 有了许多突破，但是与其设定的最终目标相比，金融领域谈判还有以下若干重要议题尚未解决：

第一，其他协议融入 TiSA 所产生的“棘轮效应”。在“最惠国待遇”条款下，不同协议融为一体时都是向着高标准待遇看齐。因此，通过 TiSA 这个“连接点”融合的其他协议，TiSA 缔约方今后要给予它们确定的服务和认定的服务提供者最惠国待遇，即使某些服务没有被列在 TiSA 的调整范围，协议的缔约方也不是 TiSA 缔约方，甚至还不是世贸组织成员。反之，部分 TiSA 缔约方原来在双边协议等小范围的贸易与投资协定中承诺更加优惠的待遇，现在有可能被“稀释”——通过 TiSA 会有更多缔约方受惠。^①在 GATS 框架下，世贸组织成员在作出市场开放承诺的同时，可以列出不受国民待遇条款限制的措施和领域，虽然这些豁免性质上是临时的，5 年后需要接受审查，但事实上很少有被撤销或收回的。TiSA 缔约方今后如何认定这些豁免或者是否像 GATS 当初那样的规定处理（5 年后审查），目前尚未达成一致意见。

第二，政府采购将在更大范围受到制约。TiSA 重申了 GATS 有关政府采购的规定：非歧视原则和市场准入规则不适用于那些与政府部门购买服务有关的规则、规定和要求。但是这项例外只限于购买服务仅仅是为了政府自身需求，不会将它再用于商业销售或者为其他销售提供服务。如果政府签订的是供电或供水服务合同、建筑或运输合同，或者与私营机构通过合伙或签订合同提供社会服务的，政府采购规则对此就不适用。目前，政府采购在 TiSA 核心文本中还只是一个框架条款（第 3 条），政府采购附件也只有几个原则性条款，具体内容还有待充实。

^① 哥伦比亚对此特别忧虑，因为它在双边投资协定中给予对方优惠的承诺，包括对投资者的特别保护，将投资争议提交 ICSID 解决等内容。TiSA 缔约方的争议主要是，最惠国待遇对这些协议的适用范围是否需要有一份“正面清单”，即仅适用于清单中明确列出的协议。

第三,行政决定复议要求。许多缔约方都希望在 TiSA 框架内设立行政复议机制,让受到缔约方政府行政决定影响的服务和服务提供者有一个明辨是非的场合。如果复议不是由独立于作出原行政决定部门的机构受理,行政复议必须“公正、客观”。类似的措辞已经出现在国内管制附件中,^①谈判各方正在讨论是否将这一规定列入核心文本。目前,各方的分歧在于这样的复议机构何时成立。

第四,国内管制问题。国内管制规则在 TiSA 核心文本中只是一项原则性条款,详细的规定是在单行本国内管制附件中,尤其是承认缔约方政府有权管制和引入新的管制措施等内容。各方的分歧是这些管制是基于一般的公共利益还是国家安全利益。美国一直对国内管制规定心存芥蒂,它已经在 GATS 中封杀了国内管制条款,将以“合理、客观、公平”方式执行一般行政措施的要求限定于承诺表中具体列出的开放领域。可以预见,对缔约方政府管制措施更广泛和更严厉的限制规定将出现在单独的附件中。

第五,透明度问题。TiSA 的透明度规则突破了 GATS 仅仅要求世贸组织成员公布相关法律、法规和行政措施的规定。TiSA 的透明度规则还包括确保服务企业的商业利益,尤其是那些跨国公司的利益(包括有机会接触和影响政府的决定)等内容。跨国公司可以通过这些规则,阻止或改变它们不喜欢的政府决定,或者帮助政府联合捍卫那些受到挑战的决定。

第六,补贴问题。补贴是 TiSA 核心文本所定义的政府“措施”之一。补贴并不一概被否定,但是补贴如果仅限于国内企业则违反了国民待遇原则,除非这种做法在承诺表中已经明确列出。迄今为止,TiSA 谈判还没有明确是完全照搬 GATS 有关补贴的规定,还是在此基础上增加新的内容?因此,这些内容在核心文本中没有作为一个具体条款列出,更没有单独的附件。

TiSA 的宗旨是构建一套新的解除管制并使服务贸易私有化的国际法律机制。国内管制附件的主要内容就是围绕如何限制缔约方政府出台管制国际服务贸易的措施或者与 TiSA 推崇的市场理念不相符的规则。附件的“范围与定义”第 1 条规定,^②该附件适用于“与影响国际服务贸易许可证申领要求与程序、资格要求与审核程序以及技术标准有关的措施,缔约方就此已经依据 TiSA 核心文本第 1 条第 3、4 款规定,在符合第 2 条第 1、2 款承诺表中设定的期限、限制、条件和质量要求前提下作出的承诺”。

为了进一步澄清上述基本定义,附件第 3 条(a)~(e)款将“许可证申领要求”解释为“实质要求”,即“自然人或法人在获得、修改或更新提供服务授权之前需要遵守的内容”。“许可证申领程序”是指“自然人或法人在寻求包括修改或更新

^① 参见: Preliminary Analysis of Leaked TISA Annex on Domestic Regulation [EB/OL]. 20 February 2015. [https://wikileaks.org/tisa/domestic/analysis/Analysis-TiSA-Domestic-Regulation-Annex.pdf.\(2015-12-10\)](https://wikileaks.org/tisa/domestic/analysis/Analysis-TiSA-Domestic-Regulation-Annex.pdf.(2015-12-10))。

^② 与别的附件不同,国内管制附件只有大的标题,没有标题的排序。

许可证在内的提供服务授权时，为了表明已经符合申领要求而必须遵守的行政或程序规则”。“资格要求”是指“与提供服务的自然人能力有关的实质要求”，并需要在“获得提供服务授权之前得到展示”。“资格审核程序”是指“自然人或法人为了获得提供服务授权，在展示其符合资格要求时必须遵守的行政或程序规则”。

“技术标准”是指那些“界定一项服务特征或服务提供方式”的措施，同时包括“遵守和提升这些标准有关的程序”。

TiSA 与 GATS 的宗旨是一脉相承的，因此，国内管制附件也与 GATS 的相关条款具有内在联系。附件要求各缔约方适用的与许可证申领要求与程序、资格要求与审核程序以及技术标准相关的措施必需与 GATS 第 6 条第 4 款（a）~（c）项的规定保持一致。^①GATS 第 6 条的其他内容也体现在附件的规定之中。

与别的附件不同，国内管制附件并不是针对某个特定服务贸易领域，而是针对政府管制服务贸易的措施。虽然与稍早的版本相比，最近透露出的谈判文本对缔约方政府的管制措施限制有所放松，^②但是对大多数缔约方目前的服务贸易管制措施还是有很大的影响。例如：附件第 5 条（a）项规定，管制措施必须符合“客观”、“透明”要求，然而问题在于，如何解释“客观”和“透明”？美国建议，“客观”和“透明”措施包括的内容不限于判断提供服务的能力，还包括这种措施是否营造了健康的市场环境。然而缔约方却担心，当有关管制措施的争议涉及巨大商业利益时，争端解决机构可能只看重商业因素，从而违背 TiSA 追求的“客观”目标。

附件第 5 条（f）项规定，申请许可证的费用应限于“合理”水平，并且不得构成提供服务的障碍。日本和欧盟等缔约方建议，将 GATS 第 6 条中的相关措辞植入附件第 4 条，即管制措施“不超过确保服务质量所必须承担的负担”。这样的规定将使争端解决机构在决定评判管制措施时需要做“需求测试”，进而作出有关政府是否可以“采用负担更轻、但也可以达到同样目标的措施”这样的自由裁量决定。如果上述方案最终被采纳，缔约方各级政府在其管辖范围内的服务贸易管制权将受到挑战，尤其是在决定是否需要做“需求测试”时。

在世贸组织服务贸易谈判中，不同州之间的要求差别是被列在“不可接受管制壁垒”范例名录中，即“因联邦以下各级政府许可证申请资质要求和程序的不同，导致在一个州获得或认可的许可证在另一州无效”。^③不同国家通过宪法将国家治权

① GATS 第 6 条第 4 款规定，许可证申领要求与程序、资格要求与审核程序以及技术标准必须符合以下条件：（a）对于提供服务的水平和能力是基于客观、公正的标准判断；（b）其负担以不超过确保服务质量为限；（c）申领程序本身不构成提供服务的障碍。

② Preliminary Analysis of Leaked TISA Annex on Domestic Regulation [EB/OL]. 20 February 2015. <https://wikileaks.org/tisa/domestic/analysis/Analysis-TiSA-Domestic-Regulation-Annex.pdf>.

③ WTO Secretariat. Examples of Measures to Be Addressed by Disciplines under GATS Article VI.4 [EB/OL]. 12 July 2002. https://search.wto.org/search?q=+Examples+of+Measures+to+Be+Addressed+by+Disciplines+under+GATS+Article+VI.4&site=English_website&client=english_frontend&proxystylesheet=english_frontend&output=xml_no_dtd&numgm=5&proxyreload=1&ie=ISO-8859-1&oe=ISO-8859-1.

分散在中央和地方各级政府，但是这不构成“造成不必要负担”的抗辩理由。TiSA 将需求测试作为强制规定，这将迫使缔约方统一本国各级政府的管制措施。附件第 4 条规定，在判断管制措施是否构成“不合理负担”时，争端解决机构将参考相关国际组织的标准。这样的规定也是鼓励缔约方政府尽量采用国际标准，避免一意孤行采用本国标准而招致被诉的风险。

需求测试最早是在 GATS 谈判中提出的，但是最终因意见不统一被取消了。TiSA 的国内管制附件有可能成为采用需求测试的下一个平台。

六、结语

习近平总书记指出，“自贸区建设要着眼国际高标准贸易和投资规则，使制度创新成为推动发展的强大动力”。2013 年 9 月，中国率先在上海设立自由贸易试验区，继而又在广东、天津和福建等地设立多个自由贸易区，这是中国改革开放发展到了新阶段之后，党中央作出的一项重大战略部署，也是中国应对国内外各种挑战的一个必然选择。作为中国全面融入全球和区域经济一体化之前的一次深度“试水”，自贸区建设承载了“制度创新、先行先试”的使命，这既是对国内旧体制和旧制度的突破，也是对包括 TiSA 在内的国际新标准和新规则的研究。中国自加入世贸组织以来，服务贸易市场准入标准几乎还是沿用当初所做的承诺。通过自贸区的建设，中国彰显了进一步开放服务贸易市场的信心和决心。因此，其意义和影响并不亚于当年的入世承诺。

A Study on the Financial Service Rules under TiSA Negotiations

HU Jia-xiang

Abstract: The negotiators of TiSA have not only accepted all the contents of GATS, but signed some substantial agreements in a few important areas, which formed the base of a new multilateral trade system of services in parallel to that of trade in goods. In terms of rules on financial services, outstanding achievements have been made in regulatory measures, data processing, capital control, financial products and financial regulation, but the integration of other agreements, domestic regulation, transparency and subsidy remain unresolved. The significance of studying these rules seriously lies not only in the necessity to find a template of innovative rules applied by those free trade pilot zones, but also in the preparation for China to participate in the next round of international competition.

Key words: TiSA; financial services; GATS; market access; FTZ

(责任编辑：金孝柏)